des Betrugs (escroquerie), bei welchen auch ein vorsichtiger Mann getäuscht werden konnte, als strafbar erklärte, und sich daher genöthigt sah, geringere Arten des Betrugs (stellionat genannt) nur strenger zu behandeln, wo es auf Vollstreckung im Civilwege ankömmt, und durch Gestattung der contrainte par corps eine Art Ausgleichung zu bewirken. — Viel zweckmäßiger erscheint uns aber, den Begriff des strafbaren Betrugs selbst zu erweitern, und auch in den Fällen, in welchen Code civil art. 2059. nur persönliche Haft anwenden läßt, Strafe eintreten zu lassen. Geschieht dies und giebt zugleich das Gesetz eine zweckmäßige Strafbestimmung gegen die Unterschlagung (wer depositum ablängnet, ist dieses Vergehens schuldig), so ist besser gesorgt, als durch persönliche Haft als Vollstreckungsmittel.

XII.

Beitrag zur Erörterung der Frage: ob der Pfandgläubiger zum Präjudiz des Pfandschuldners verlangen kann, daß das Unterpfand gegen alsbaldige Bezahlung des Erlöses, in so weit dieser zu seiner Befriedigung erforderlich ist, veräußert werde, oder ob der Pfandschuldner dagegen rechtsgültig Einsprache thun kann?

Vom
Herrn Advokaten Bopp in Darmstadt.

Der Verfasser dieser kleinen Abhandlung wurde durch einen Rechtsstreit [1]), in welchem er als Anwalt des Beklagten

1) Den Rechtsfall selbst hat der Verfasser in dem zweiten Bändchen seiner Schrift: Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen ꝛc., geliefert.

(des Pfandschuldners), zu dessen Gunsten entschieden wurde, handelte, und der sich um die Frage drehte, ob der Pfandgläubiger verlangen könne, daß das Unterpfand gegen alsbaldige Bezahlung des Erlöses, in so weit dieser zu seiner Befriedigung erforderlich, verkauft werde, auf diese Rechtsfrage aufmerksam gemacht. Da er, aller Nachforschungen ungeachtet, nicht gefunden hat, daß diese Rechtsfrage Gegenstand einer besonderen Beachtung geworden sey, so möchte eine, wenn auch zu einer gründlicheren Betrachtung nur anregende Erörterung derselben, zumal, da sie von praktischer Wichtigkeit ist, nicht am unrechten Orte seyn.

Es ist nicht zu läugnen, daß die Bejahung der Frage vieles für sich hat. Das Gesetz räumt dem Pfandgläubiger die, im Wesen des Pfandrechtes liegende, Befugniß ein, das Unterpfand zu veräußern, um daraus befriedigt zu werden. Da nun jeder Gläubiger, sobald die Morosität des Schuldners dem Richter vor Augen liegt, verlangen kann, daß dieser ihm zu seiner bald möglichsten Befriedigung verhelfe, so scheint es, als ob auch der Pfandgläubiger diese Anforderung machen und verlangen dürfe, daß das Unterpfand gegen gleichbaldige Zahlung des Erlöses aus demselben (in so weit derselbe zur Tilgung der Schuld beigezogen werden muß) verkauft werde. Es scheint dieses um so mehr angenommen werden zu müssen, da schon das Verhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner dem Ersteren zum Voraus für den Fall der Morosität des Letzteren das Recht einräumt, derselben durch den Verkauf des, von Anfang an als Executions-Objekt bezeichneten, Unterpfandes ein Ziel zu setzen. Schon das Gesetz giebt dem Pfandgläubiger die Befugniß, das Pfand zur Bewirkung seiner Befriedigung zu benützen, um dem, auf Beförderung des Credits und so des Verkehrs gerichteten, Zweck des Instituts des Pfandrechts, das nur dann bestehen kann, wenn der Pfandgläubiger seiner Befriedigung wegen sich begünstigt sieht, zu genügen. Mit aus diesem Grund räumt das Gesetz ihm auch sogar die

Befugniß ein, durch weitere Verpfändung des Unterpfandes seine Befriedigung herbeizuführen.

Noch zuversichtlicher scheint die Frage dann bejaht werden zu müssen, wenn das Pfandrecht durch Vertrag constituirt wurde und der Pfandschuldner dem Gläubiger ausdrücklich das Recht einräumte, im Fall der Säumigkeit das Unterpfand gegen alsbaldige Zahlung des Kaufschillings zu veräußern. Denn da Verträge jus inter partes constituiren, so scheint der Pfandgläubiger auf jeden Fall durch eine solche Uebereinkunft das Recht dazu zu erwerben und der Pfandschuldner den Schaden tragen zu müssen, der ihm aus der Festsetzung der, dem Käufer zur gleichbaldigen Zahlung verbindenden, Verkaufsbedingungen erwächst.

Geht man jedoch in eine nähere Betrachtung ein und zieht man namentlich die sonstigen Bestimmungen des Römischen Rechts hinsichtlich des Pfandrechts und insbesondere über die Verhältnisse zwischen dem Pfand-Gläubiger und Schuldner nach ihrem Grund und Geist zu Rathe, so möchten sich Gründe ergeben, die eine Hinneigung zur Verneinung der Frage rechtfertigen dürften.

Das römische Recht begünstigt allerdings den Pfandgläubiger und giebt ihm gewichtige Rechte gegen seinen Schuldner. Allein es nimmt auch den Pfandschuldner sehr in Schutz und bietet alles auf, um sein Interesse möglichst aufrecht zu erhalten.

Den Zweck des Instituts des Pfandrechts als Sicherungsrecht consequent festhaltend, concentriren sich die Bestimmungen dieses Rechtes dahin, daß dem Pfandgläubiger für seine Forderung die möglichste Bürgschaft gegeben seyn soll. Daher räumen sie ihm alle die Rechte ein, die diese Gewähr enthalten, und gestatten ihm namentlich die Benuzzung des Mittels, das zur sicheren Befriedigung führt, wenn sein Recht auf Befriedigung existent geworden ist, d. h. das Recht zur Veräußerung des Objects, das ihm deßwegen verhaftet ist, ein Recht, das ihm selbst dann nicht entzogen

seyn soll, wenn er sich durch Vertrag desselben begab. Allein bei diesen Sicherheitsbegünstigungen stehen bleibend, begünstigen sie auf der andern Seite den Pfandschuldner, indem sie sein Interesse, in so fern es nur nicht mit dem Sicherheits-Interesse seines Gläubigers collidirt, in Schutz nehmen. Unter diesen Gesichtspunkt stellen sich alle einzelnen Vorschriften zu Gunsten des Schuldners, so die Bestimmung:

1) Daß der Vertrag, wonach dem Gläubiger im Fall unterbleibender Zahlung das Unterpfand verfallen seyn soll (lex commissoria), nichtig seye und den Schuldner nicht binden soll.

2) Daß der Pfandgläubiger nach gemachter Anzeige, er wolle veräußern, den Verkauf noch volle 2 Jahre anstehen lassen muß.

3) Daß der Pfandgläubiger erst die, dem Schuldner entbehrlichsten, Pfandobjecte verkaufen muß.

4) Daß er das Pfandobject, das er im Besitz hat, gehörig schätzen und für die geringsten Versehen haften muß.

5) Daß der Pfandschuldner im Ganzen die Befugnisse des Eigenthümers ausüben kann und namentlich veräußern darf.

Es möchte daher die Verneinung der gegenwärtigen Rechtsfrage schon aus einem allgemeinen aus der Analogie geschöpften Grund sich rechtfertigen lassen. Einen besonderen Grund für die Negation möchte aber die Vorschrift des römischen Rechts gerade in Bezug auf das Veräußerungsrecht des Gläubigers, abgeben, daß dieser bei der Ausübung desselben, als Mandatar des Schuldners, möglichst auf dessen Vortheil bedacht seyn solle [2]). Denn diese

2) L. 29. in fine fam. ercisc. (102.)
„quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si de-
„bitor per procuratorem egisset."
Weil die römischen Gesetze dem Pfandgläubiger im Ganzen den Verkauf des Unterpfandes überlassen, so soll er die Rücksichten gegen den Schuldner beobachten, die der Richter

Vorschrift, die keineswegs ausspricht, daß der Pfandgläubiger sein, durch die Veräußerung des Pfandes zu wahrendes, Interesse zum Besten des Schuldners vernachlässigen soll, weist ihn, indem es ihn als Geschäftsführer des Schuldners charakterisirt, an, den Verkauf so vorzunehmen, daß sein Interesse sich mit dem des Schuldners vereinige. Diese Interessen combiniren sich aber, wenn das Pfandobject so verkauft wird, daß dem Käufer ein geräumiges Ziel zur Zahlung des Kaufschillings zugestanden wird. Der Gläubiger, dem das Unterpfand bis zu seiner völligen Befriedigung verhaftet bleibt, sieht eben deßwegen das Recht, hinsichtlich dessen ihn das Gesetz begünstigt, sein Sicherheitsrecht, nicht gefährdet und außerdem sieht er sein Interesse eher befördert als verlezt, indem:

1) Der Käufer nicht durch die drohende Nähe des Zahlungstermins, der ihm nicht gestatten würde, die Zahlungsmittel beizuführen und durch die Furcht vor einem weiteren Verkauf auf seine Kosten und Gefahr bei der geringsten Verschiebung der Zahlung des Kaufschillings abgeschreckt wird, sich also eher ein Käufer findet, also mit mehr Wahrscheinlichkeit auf den Verkauf und so auf die Befriedigung gerechnet werden kann,

2) eben deßwegen eine Concurrenz von Käufern veranlaßt, es also wahrscheinlicher wird, daß ein Erlös erzielt wird, der die vollständige Befriedigung des Gläubigers verbürgt.

3) Dieser um so sicherer auf seine Befriedigung rechnen kann, da der Käufer Zeit gewinnt, die Mittel dazu beizuführen.

---

eintreten lassen müßte, wenn er den Verkauf leiten würde. Da der Geist der Gesetze gerade in Beziehung auf den, den Gegenstand der Erörterung bildenden Punkt, den Richter veranlassen würde, von seinem Arbitrium zum Besten des Schuldners Gebrauch zu machen, so dictirt sich dieselbe Berücksichtigung dem Gläubiger.

4) Dieser obendrein zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten als Käufer dem Gläubiger tenent wird und dieser so einen weiteren Schuldner gewinnt, an den er sich seiner Befriedigung halber halten kann. Dem Interesse des Pfandschuldners aber, dessen Vortheil darin besteht, daß eine möglichste Concurrenz von Käufern veranlaßt wird, weil er nur dann erwarten kann, daß ein, dem Werth des Unterpfandes gemäßes und so ein Gebot geschiebt, das die völlige Befriedigung seines Gläubigers und einen ihm selbst zufließenden Ueberschuß verbürgt, ist vollständig genügt.

Hat der Pfandschuldner dem Gläubiger ausdrücklich das Recht gestattet, eintretenden Falls das Unterpfand gegen gleichbaldige Zahlung zu verkaufen: so scheint freilich der Erstere auf die gesetzlichen Begünstigungen keinen Anspruch machen zu können, indem darin ein Verzicht zu liegen scheint. Indessen möchte die Vorschrift, daß der Gläubiger im Fall des Verkaufs als Geschäftsführer des Schuldners sich ansehen und zu dessen möglichsten Besten handeln soll, so durchgreifend seyn, daß sie sich troß dieser Uebereinkunft zwischen den Interessenten geltend macht, zumal, da das römische Recht gerade in Bezug auf das Pfandrecht mit Strenge alle Verträge für ungültig erklärt, deren Wirkungen auf den einen oder den andern Theil einen zu schädlichen oder verletzenden Einfluß äußern würden, z. B. die lex commissoria, den Vertrag, daß der Gläubiger nicht veräußern dürfe u. s. w. Es wird wenig Anstand finden, die Vorschrift als eine lex cogens anzusehen, die das, was die Partheien ihm zuwider bedungen haben, als ungültig erscheinen läßt. Denn sie knüpft an ihre Nichtbeachtung alle Folgen, welche mit der Ueberschreitung einer lex cogens verbunden sind [3]. Außerdem möchte

---

3) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civil-Rechts. Buch 1. §. 2.

L. 1. 3. Cod. si vend. pign. agat. (8. 30.)

„Praeses provinciae aditus, si fuerit probatum, tuum „creditorem, cui jus distrahendi pignora fuit, dolo

sich insbesondere die Analogie des Verbots der lex commissoria geltend machen. Dieses Verbot hat den Zweck, zu verhindern, daß der Schuldner dem Gläubiger ganz hingegeben sey und erklärt einen Vertrag für nicht abgeschlossen, wodurch der Letztere die Bestellung des Pfandes als ein Mittel benutzen könnte, dasselbe ohne Weiteres zu erwerben und dadurch seine Befriedigung herbeizuführen. Sowie der Gläubiger keinen Vertrag gültig abschließen kann, wodurch ihm im Fall der Säumigkeit des Schuldners zu dessen Nachtheil das Unterpfand sofort verfallen seyn soll, so kann es ihm analog vertragsweise nicht gestattet seyn, dem Schuldner auf ähnliche Art einen Schaden zuzufügen, der Folge eines Verkaufs gegen Bedingung gleichbaldiger Zahlung ist, um so weniger, da er auf diese Art das Verbot der lex commissoria umgehen, und, indem er andere Concurrenten verscheucht (was gerade bei bedeutenden Unterpfändern am leichtesten geschehen kann) und ein der Größe seiner Forderung gleiches Gebot, von seinem Recht, als Käufer aufzutreten, Gebrauch machend, abgiebt, als Käufer die Absicht erreichte und das Pfandobject mit der Leichtigkeit (alia captio [4]) an sich ziehen kann, gegen die das Gesetz den Pfandschuldner schützen will.

„malo fundum vendidisse, *quanti tua inter est, restituere tibi eundem creditorem* jubebit.

„Si uxor tua praesidi provinciae probaverit, cum „aureos triginta deberet, servos suos amplionis pretii „per gratiam aureis viginti creditorem vendidisse, „eumque solvendo non fuisse, jubebit *emtores* — „*restituere servos.*

L. 4. Cod. de distr. pign. (8. 28.)

„Si quid — per fraudem in pignore villae venditae „commissum probare potes, *ut inferatur actio, quae „eo nomine competit, adi eum, cujus de ea re notio „est.*“

4) L. 3. Cod. de pactis pign. (8. 35.)

„Quoniam inter *alias captiones* etc.

Zuletzt möchte noch die Betrachtung hinzukommen, daß dem Pfandgläubiger für die Versagung des Rechts, gegen gleichbaldige Zahlung zu veräußern, die Befugniß zusteht, das, ihm gegebene, Unterpfand durch weitere Verpfändung zu veräußern. Da ihm dadurch (abgesehen von dem expediens der Cession) ein Hülfsmittel an die Hand gegeben wird, so möchte dieses zur Widerlegung des Einwurfs dienen, daß darum nicht anzunehmen sey, das Gesetz versage dem Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs gegen alsbaldige Zahlung, weil darin eine allzugroße Härte läge.

XIII.

Besteht die catonianische Regel in unserem heutigen Rechte noch fort?

Von

Herrn Dr. Müller, Professor in Gießen.

Diese schon von älteren Juristen behandelte [1]), unter den Neueren zuerst wieder von Schömann [2]) und von v. Löhr [3]) zur Sprache gebrachten, von beiden aber verneinend beantwortete Streitfrage wurde von Harnier [4]) wieder auf's Neue untersucht und bejaht. Während nun v. Schröter [5]), v. Wening Ingenheim [6]), Mackeldey [7]) und

---

1) Vergl. diesfalls Harnier de regula catoniana. Heidelberg. 1820. p. 5. §. 3.

2) Handbuch des Civilrechts Thl. II. n. 8. S. 176 flgde.

3) In dessen und v. Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft Bd. III. S. 196. 197.

4) Harnier l. c.

5) Observationes juris civilis. Jenae 1826. obs. 6. p. 108.

6) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V. §. 103. (§. 472.)

7) Lehrbuch des heutigen römischen Rechts (8te Aufl.) §. 721.